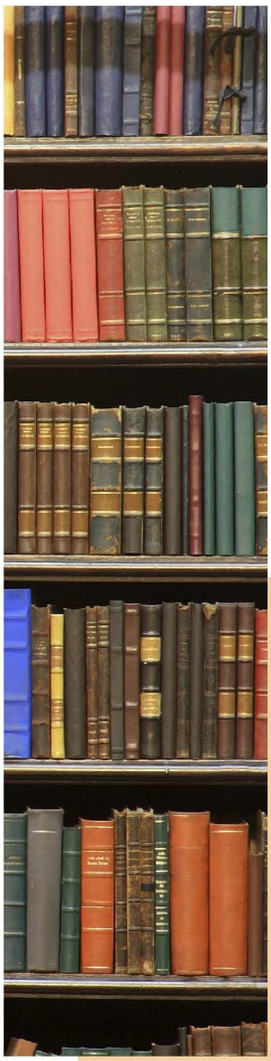
PARLEMENT EUROPÉEN

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE C

DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Affaires constitutionnelles

Liberté, sécurité et justice

Égalité des genres

Affaires juridiques et parlementaires

Pétitions

LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE ET DES PARTENARIATS ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE OU DE SEXE OPPOSE. LA SITUATION DANS LES DIFFERENTS ETATS MEMBRES. BESOIN D'UNE ACTION DE L'UE ?

NOTE

FR BG/CS/DA/DE/EL/EN/ES/ET/FI/HU/IT/LT/LV/MT/NL/PL/PT/RO/SK/SLSV 2010

EUROPEAN PARLIAMENT

DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES

DEPARTEMENT THEMATIQUE C: DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

AFFAIRES JURIDIQUES

LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE ET DES PARTENARIATS ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE OU DE SEXE OPPOSE. LA SITUATION DANS LES DIFFERENTS ETATS MEMBRES. BESOIN D'UNE ACTION DE L'UE ?

NOTE

RÉSUMÉ

Cette note a pour objet d'identifier et d'illustrer les difficultés rencontrées par les citoyens européens dans les relations transfrontières pour faire reconnaître soit leur mariage, lorsque celui-ci a été conclu avec une personne de même sexe, soit leur partenariat enregistré, qu'il ait été conclu avec une personne de même sexe ou de sexe opposé. Les auteurs formulent, ensuite, quelques recommandations sur une éventuelle action de l'Union européenne en ces matières.

PE 432.731 FR

Cette note a été demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen.

AUTEUR
Beatrice Weiss-Gout, Présidente du Comité Droit de la Famille et des successions du C.C.B.E. et Marie-Laure Niboyet, Professeur à l'Université Paris Ouest -Nanterre La Défense.

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE
Roberta PANIZZA
Département thématique : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles
Parlement européen
B-1047 Bruxelles
E-mail: roberta.panizza@europarl.europa.eu

VERSIONS LINGUISTIQUES
Originale: FR

A PROPOS DE L'EDITEUR
Pour contacter le Département thématique ou souscrire à sa lettre d'information mensuelle voir à l'adresse suivante : poldep-citizens@europarl.europa.eu

Manuscrit achevé en octobre 2010
© Parlement européen, Bruxelles, 2010

Ce document est disponible sur le site internet:
http://www.europarl.europa.eu/studies

AVERTISSEMENT
Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.
La reproduction ou la traduction dans un but non-commercial sont autorisées, sous réserve de l'indication de la source, d'une notification préalable et de l'envoi d'une copie à l'éditeur.

TABLE DES MATIÈRES

RESUME 4

INTRODUCTION 6

1. LA RECONNAISSANCE DES UNIONS CELEBREES OU ENREGISTREES DANS UN AUTRE ETAT MEMBRE 8

1.1. La diversité des droits nationaux 8
1.1.1. L'opposition des droits des Etats membres sur le mariage entre personnes de même sexe 8
1.1.2. La variété des modèles législatifs de partenariats 8

1.2. La diversité des règles nationales de droit international privé 9
1.2.1. Les problèmes de qualification 9
1.2.2. Le choix de la méthode (règle de conflits de lois ou reconnaissances des unions étrangères) 10
1.2.3. Le rattachement du mariage 12
1.2.4. Le rattachement du partenariat 13
1.2.5. Les implications de la citoyenneté européenne 14

2. LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS MARITALES ET PARTENARIALES DANS LES RELATIONS TRANSFRONTIERES 16

2.1. Position du problème 16
2.2. La diversité des effets des partenariats selon les législations 17
2.3. La diversité des approches sur la loi applicable aux effets des partenariats 18
2.3.1. Les règles nationales de droit international privé 18
2.3.2. Les règles des instruments internationaux 19
2.3.3. Les propositions doctrinales 19

3. CONCLUSIONS 21

3.1. Considérations générales 21
3.2. 1ère option 22
3.3. 2ème option 23
3.4. Règle commune aux deux options 23

RESUME

Les disparités des législations des Etats membres sur le choix des formes juridiques de conjugalité (mariage ou partenariat) sont révélatrices d'un premier clivage entre les Etats membres quant à l'ouverture de l'institution du mariage aux personnes de même sexe. Un second clivage, tout aussi profond, oppose les droits des Etats membres quant à leur conception du partenariat enregistré, forgé soit comme un substitut au mariage réservé aux partenaires de même sexe soit comme une forme de conjugalité alternative au mariage, ouverte aussi bien aux personnes de même sexe qu'aux personnes de sexe opposé.

Ces divergences peuvent occasionner bien des déconvenues au citoyen européen exerçant sa liberté de circulation au sein de l'Union européenne pour s'installer dans un Etat membre B autre que l'Etat A où aura été constituée l'union maritale ou partenariale. Son union risque de ne pas y être reconnue. Et même si cette union y est reconnue, son régime risque de susciter des incertitudes, notamment quant au statut des biens des partenaires et quant à la vocation successorale de ces derniers. Ces disparités de traitement d'un Etat membre à l'autre risquent d'apparaître contraires aux exigences de la citoyenneté européenne, telles qu'elles peuvent être aujourd'hui évaluées au regard des jurisprudences de la CJUE et de la CEDH.

L'objet de cette note est d'examiner successivement les difficultés relatives à la reconnaissance des unions célébrées ou enregistrées dans un autre Etat membre et celles relatives au choix de la loi applicable aux effets juridiques de ces unions. Quelques recommandations seront ensuite formulées sur une éventuelle action de l'UE.

LA RECONNAISSANCE DES UNIONS CELEBREES OU ENREGISTREES DANS UN AUTRE ETAT MEMBRE

L'une des difficultés les plus délicates aujourd'hui dans les relations transfrontières est la porosité des catégories mariage et partenariat.

La difficulté provient de ce que dans certains Etats membres la qualification dépend de l'orientation sexuelle des membres du couple tandis que dans les autres Etats membres la qualification dépend du mode de constitution de l'union et de ses effets.

Pour les premiers, toute union entre personnes de sexe opposé est un mariage tandis que l'union entre personnes de même sexe est un partenariat. Il n'y a en réalité qu'un seul modèle de conjugalité, celui du « mariage » puisque le « partenariat » a été conçu par imitation du mariage. Leur mode de constitution et leurs effets ont été alignés à quelques infimes nuances près.

Dans les seconds, l'union peut prendre la forme soit d'un mariage, lorsque l'engagement est prononcé devant une autorité publique et qu'il est doté de pleins effets, soit la forme d'un partenariat, c'est-à-dire d'une convention conclue entre les membres du couple, enregistrée devant une autorité et produisant des effets assouplis par rapport à ceux du mariage. Dans cette seconde catégorie, certains Etats membres réservent le mariage aux personnes de même sexe et autorisent la conclusion d'un partenariat sans condition de sexe. Certains autres Etats membres ont fait le choix d'offrir les deux formes de conjugalité, le mariage et le partenariat, sans condition de sexe.

Or l'ouverture des droits des Etats membres aux catégories juridiques des autres Etats membres est très variable d'un Etat à l'autre. Ces conflits de qualifications risquent

d'engendre de grandes difficultés pour les citoyens européens : leur union ne sera pas reconnue d'un Etat membre à l'autre ou elle sera reconnue à travers une institution sensiblement différente du statut d'origine.

L'observation des difficultés de coordination des législations des Etats membres en matière de mariage et de partenariat a inspiré l'idée de compléter la règle classique de conflit de lois par la méthode de la reconnaissance des situations nées à l'étranger. Cette méthode évite tout risque de mariage ou de partenariat boiteux. La méthode s'accorde aussi parfaitement avec la liberté de circulation des citoyens européens et le respect de leurs droits fondamentaux.

LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS MARITALES ET PARTENARIALES DANS LES RELATIONS TRANSFRONTIERES

La question est de savoir si l'on doit appliquer la loi de la création de l'union à tous les effets juridiques produits par l'union.

La liste des effets est longue : effets personnels entre les membre du couple, mode de dissolution, effets sur leur nom, effets sur leur patrimoine, effets successoraux, effets fiscaux, effets sociaux, et effets en matière d'adoption. Les effets sont en outre modulés de manière très variable d'un Etat membre à l'autre.

Sur tous ces points, l'étude est menée en prenant en compte la diversité des approches de droit international privé qui se dégagent des règles nationales, des instruments internationaux et européens existants et des propositions de la doctrine européenne.

PROPOSITIONS EN CONCLUSION

Il est nécessaire de veiller à ne pas susciter d'autres conflits avec des instruments internationaux et européens déjà en vigueur ou en voie d'adoption.

Il apparaît également souhaitable qu'une action de l'UE intervienne a minima. Deux options sont envisageables, chacune destinée à poser un principe de reconnaissance des unions créées dans un autre Etat membre. La première option consisterait à élaborer une qualification européenne des notions de mariage et de partenariat dans un même instrument européen. La seconde option abandonnerait au contraire toute idée d'une délimitation des deux catégories et poserait le principe d'une qualification *lege causae* respectée dans tous les autres Etats membres.

INTRODUCTION

Cette note a pour objet d'identifier et d'illustrer les difficultés rencontrées par les citoyens européens dans les relations transfrontières pour faire reconnaître soit leur mariage, lorsque celui-ci a été conclu avec une personne de même sexe, soit leur partenariat enregistré, qu'il ait été conclu avec une personne de même sexe ou de sexe opposé.

Les disparités des législations des Etats membres sur le choix des formes juridiques de conjugalité (mariage ou partenariat) et sur le rattachement en droit international privé des unions maritales ou partenariales sont très grandes.

Elles sont révélatrices d'un premier clivage entre, d'une part, les Etats membres qui admettent d'ouvrir l'institution du mariage aux personnes de même sexe (actuellement seulement 5 EM) et, d'autre part, ceux qui le refusent. Un second clivage tout aussi profond oppose les droits des Etats membres sur leur conception du partenariat enregistré, forgé soit comme un substitut au mariage réservé aux partenaires de même sexe soit comme une forme de conjugalité alternative au mariage, ouverte aussi bien aux personnes de même sexe qu'aux personnes de sexe opposé.

Des disparités importantes se laissent encore observer quant aux effets juridiques que ces nouvelles formes de conjugalité peuvent produire, notamment sur les biens des partenaires et sur leur vocation successorale.

Ces disparités peuvent occasionner bien des déconvenues au citoyen européen exerçant sa liberté de circulation au sein de l'Union européenne pour s'installer dans un Etat membre B autre que l'Etat A où aura été constituée l'union maritale ou partenariale.

Ainsi, le mariage valablement célébré en Belgique entre un Français et un Belge, de même sexe, sera bien traité comme un mariage en France, mais ce mariage y sera considéré comme nul. Le mariage d'un Allemand et d'un Espagnol, de même sexe, valablement célébré en Espagne, ne sera pas même traité comme un mariage en Allemagne mais comme un partenariat enregistré ! Enfin l'on peut s'interroger sur la question de savoir si des partenaires français, de sexe opposé, régulièrement pacsés en France pourraient être considérés en Finlande comme des personnes mariées ou comme des concubins.

Les disparités entre les droits nationaux surgissent également relativement aux effets juridiques de ces unions, notamment quant aux effets sur les biens des membres du couple et quant à la dévolution successorale du partenaire survivant dans la succession de l'autre.

Les prévisions des couples de citoyens européens peuvent en être sérieusement affectées. Prenons par exemple, un partenariat conclu et enregistré en Allemagne entre deux personnes de même sexe, dans l'optique d'assurer la transmission de leur patrimoine entre eux. Après l'installation du couple en France et le décès de l'un des partenaires dans ce pays, le partenaire survivant découvrira qu'il n'a aucune vocation successorale *ab intestat* au regard du droit français. A défaut de dispositions testamentaires, il sera privé en effet de tout droit sur les biens du défunt.

A l'inverse des français pacsés se verront reconnaître au Royaume –Uni des droits beaucoup plus étendus que ceux que leur accorde la loi française.

Par ailleurs, en cas d'acquisition d'un bien par les partenaires dans un Etat membre, il sera très difficile pour le notaire de fixer le régime de ce bien, faute de pouvoir prédire dans quel Etat les partenaires seront susceptibles de s'installer ultérieurement, et en conséquence de prédire quelle sera la loi applicable au régime patrimonial des partenaires en cas de

liquidation ultérieure des intérêts patrimoniaux des partenaires. Ainsi, l'enregistrement du partenariat aux Pays-Bas et l'installation des partenaires en France rendrait la loi hollandaise applicable (règles internes du pays d'enregistrement) alors qu'en Hollande il aurait pu être fait application de la loi choisie par les partenaires.

La difficulté est accrue si le notaire hésite sur la qualification comme mariage ou comme partenariat de leur union : faut-il appliquer la loi régissant les régimes matrimoniaux ou celle sur les effets patrimoniaux des partenariats ?

Des problèmes se poseront à l'occasion de la mise en œuvre des instruments européens existants applicables à une forme particulière de conjugalité : par ex le règlement Bruxelles 2 bis déterminant la compétence des juridictions des Etats membres en matière de dissolution du mariage peut-il s'appliquer à la dissolution d'une union qualifiée de mariage dans l'Etat A de célébration (un couple homosexuel marié en Espagne) et de partenariat dans l'Etat B de la résidence du couple (en Allemagne) [1]?

Il convient néanmoins de signaler les limites de la présente étude. Il n'est pas envisageable de procéder à une recension exhaustive des droits nationaux de tous les Etats membres, laquelle nécessiterait la coopération d'experts de chaque Etat membre. Il a donc été raisonné à partir de quelques exemples législatifs, représentatifs des oppositions les plus fréquemment observées. Ont également été exploitées les réponses fournies par des avocats étrangers à un questionnaire que nous leur avons adressé (voir le questionnaire en annexe). Ces avis d'experts comblent la rareté des précédents jurisprudentiels qui ont été portés à notre connaissance[2]. La comparaison a enfin été enrichie par l'étude des conventions internationales déjà élaborées et des projets d'instruments européens déjà publiés dans ces domaines.

Il n'est pas davantage possible dans les limites de cette note d'entrer dans tous les détails techniques des questions abordées. Certaines questions seront même volontairement écartées comme toutes celles qui se rattachent à l'élaboration et la circulation des actes de l'état civil (questions qui font l'objet d'une étude distincte) : problèmes par exemple des empêchements à mariage résultant de l'enregistrement antérieur d'un partenariat ou de la contestation des énonciations des actes de l'état civil.

Seront donc examinées successivement les principales difficultés relatives à la reconnaissance dans un Etat membre des unions célébrées ou enregistrées dans un autre Etat membre, puis celles relatives au choix de la loi applicable aux effets juridiques (patrimoniaux et extra -patrimoniaux) de ces unions. Ces difficultés seront mises en relations avec les implications de la citoyenneté européenne, telles qu'elles peuvent être aujourd'hui évaluées au regard des jurisprudences de la CJUE et de la CEDH. En conclusion, seront formulées quelques recommandations sur une éventuelle action de l'Union européenne en ces matières.

[1] Règlement CE n. 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003. Le règlement ne donne pas de définition du mariage.

[2] En France le contentieux publié est encore inexistant. Selon des statistiques établies en 2005, le Cridon de Lyon (groupement de consultation au service des notaires) aurait été déjà saisi en de 150 cas en 5 ans mettant en cause 36 nationalités différentes, Mme Revillard, « les pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique du droit international privé, Défrénois, 2005, p. 461.

1. LA RECONNAISSANCE DES UNIONS CELEBREES OU ENREGISTREES DANS UN AUTRE ETAT MEMBRE

1.1. La diversité des droits nationaux

1.1.1. L'opposition des droits des Etats membres sur le mariage entre personnes de même sexe

Actuellement on ne décompte que cinq Etats membres ayant introduit dans leur législation le mariage entre personnes de même sexe. Il s'agit, par ordre chronologique, des Pays-bas (2001), de la Belgique (loi de 2003 complétée en 2006 pour autoriser l'adoption par des personnes de même sexe), de l'Espagne (2005), de la Suède (2009) et du Portugal (2010)[3].
La plupart des ces lois reconnaissent aux époux de même sexe des droits identiques à ceux conférés par le mariage entre personnes de sexe opposé, à l'exception de la présomption de paternité à l'égard du mari et parfois de certaines restrictions sur la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint.

Dans les Etats membres n'ayant pas modifié leur législation, le mariage est réservé aux couples de personnes de sexe opposé. Ainsi, la cour de cassation française, dans une affaire qui a défrayé la chronique et dans laquelle le maire de la ville de Bègles avait célébré un mariage homosexuel[4], a-t-elle affirmé que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* » [5]. La Cour de cassation française a tenu à indiquer dans un communiqué accompagnant cet arrêt que « *seule l'adoption d'une loi nouvelle par la représentation nationale pouvait faire évoluer cet état de droit* ».

1.1.2. La variété des modèles législatifs de partenariats

Les législations ayant consacré – sous des formes et des appellations diverses – l'institution du partenariat enregistré fleurissent dans les Etats de l'Union européenne. La terminologie est fluctuante : pacs, partenariat enregistré, *civil partnership*, cohabitation légale. D'abord apparue au Danemark[6], l'institution s'est répandue quasiment dans tous les Etats membres de l'Europe occidentale – parfois très récemment[7] - et dans les pays de l'Europe de l'Est[8]. Mais il subsiste quelques îlots de résistance[9].

Malgré l'extrême variété des modèles législatifs, il est possible de dresser une typologie en dégageant deux grandes catégories de partenariats[10]. Les uns sont conçus comme des substituts au mariage et réservés aux personnes de même sexe (les « partenariats-institutions »). Ils produisent alors tous les effets d'un mariage, à l'exception de ceux de la filiation. C'est le cas du modèle scandinave, britannique et allemand. Les autres sont

[3] Loi néerlandaise du 21 décembre 2000 ; loi belge du 13 février 2003; loi espagnole du 1er juillet 2005 ; loi suédoise du 1er avril 2009 ; loi portugaise du 31 mars 2010.
[4] Mariage qui avait été annulé par les juges du fond
[5] Cass.1ère civ.13 mars 2007, pourvoi n. 05-16.627
[6] Loi du 7 juin 1989 modifiée le 2 juin 1999.
[7] En 2010 pour l'Autriche, Registered Partnership Act entrée en vigueur le 1er janvier 2010.
[8] Voir en 2005 la loi slovène à consulter sur le site http:/ uradni-list.si/1/objava.jsp ?urlid+200565&stevilka=2840 et en 2006 la loi de la République tchèque à consulter sur le site http:/www.partnerstvi.cz/rp-zakon-2006/vyhlaska-300.phtmi.
[9] Voir les absents sur le site de wikipedia v° union civile (notamment l'Estonie, la Lettonie, la Pologne, Malte) et sur la liste des lois recensées par G. Kessler, Rep. Dalloz dr.int. V° partenariat enregistré, n. 2 et les ref. cit. , liste établie en 2006 et mise à jour en juin 2010.
[10] Voir G. Kessler, op.cit

conçus comme des contrats d'organisation de la vie commune, ouverts à tous les couples, indépendamment de leur orientation sexuelle, tout en prévoyant quelques effets impératifs (les « partenariats-conventions »). C'est le cas du pacs français et de la cohabitation légale belge, par exemple.

1.2. La diversité des règles nationales de droit international privé

1.2.1. Les problèmes de qualification

L'une des difficultés les plus délicates aujourd'hui dans les relations transfrontières est la porosité des catégories mariage et partenariat.

La difficulté provient de ce que dans certains Etats membres la qualification dépend de l'orientation sexuelle des membres du couple tandis que dans les autres Etats membres la qualification dépend du mode de constitution de l'union et de ses effets.
Pour les premiers, toute union entre personnes de sexe opposé est un mariage tandis que l'union entre personnes de même sexe est un partenariat. C'est le choix des Etats scandinaves, du droit allemand et du droit britannique. Il n'y a en réalité qu'un seul modèle de conjugalité, celui du « mariage » puisque le « partenariat » a été conçu par imitation du mariage (« Partenariats-institutions »[11]). Leur mode de constitution et leurs effets ont été alignés à quelques infimes nuances près.

Ils sont enregistrés devant la même autorité que celle qui prononce le mariage et produise les mêmes effets qu'un mariage. Ainsi en Allemagne, le consentement des partenaires est-il prononcé devant l'officier de l'état civil et l'union produit-elle quasiment tous les effets d'un mariage[12]. Dans les seconds, l'union peut prendre la forme soit d'un mariage, lorsque l'engagement est prononcé devant une autorité publique et qu'il est doté de pleins effets, soit la forme d'un partenariat, c'est-à-dire d'une convention conclue entre les membres du couple, enregistrée devant une autorité et produisant des effets assouplis par rapport à ceux du mariage (« partenariats-conventions »). Dans cette seconde catégorie, certains Etats membres réservent le mariage aux personnes de même sexe et autorisent la conclusion d'un partenariat sans condition de sexe (cas de la France). Certains autres Etats membres ont fait le choix d'offrir les deux formes de conjugalité, le mariage et le partenariat, sans condition de sexe (cas de la Belgique et des Pays-Bas). Ainsi, en France le pacs est-il enregistré devant le greffier du tribunal –comme du reste la déclaration de rupture du pacs - alors que le mariage est célébré par l'officier d'état civil et les effets sont sensiblement réduits par rapport à ceux d'un mariage[13].

Or l'ouverture des droits des Etats membres aux catégories juridiques des autres Etats membres est très variable d'un Etat à l'autre.

Ainsi, le mariage homosexuel célébré à l'étranger devrait être qualifié de mariage en droit international privé français alors pourtant qu'en droit interne français l'institution du mariage est encore définie comme l'union d'un homme et d'une femme[14]. Cet élargissement du concept de mariage dans les situations internationales est du même ordre que celui qui a conduit la jurisprudence française à considérer le mariage polygamique célébré à l'étranger comme un mariage bien que le droit interne français ne connaisse que l'institution du mariage monogame.

---

[11] Sur la classification des partenariat-institutions et des partenariats-conventions voir supra n. 2.2
[12] Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 16 février 2001, 1ère partie, § 1.
[13] Cf. supra n. 1.1.1. et infra n. 1.2.3.
[14] La question a partagé la doctrine française mais la solution indiquée au texte est celle qui est énoncée dans une réponse ministérielle (Rep.min.Justice n. 41533 : JOAN Q 26 juill. 2005, p. 7437. Le Ministre de la justice français y affirme que « s'agissant des effets en France de mariages entre deux hommes ou deux femmes conclus dans des pays de l'Union européenne (qui l'autorisent)… cette question est susceptible d'être appréhendée au regard des rattachements classiques du droit international privé. Une union homosexuelle en France ne pourra produire des effets juridiques en France que si les lois nationales des deux époux admettent ce mode d'union ».

En revanche, en Allemagne la jurisprudence a récemment requalifié un mariage homosexuel canadien en partenariat[15]. De même, le droit britannique dresse une liste des unions susceptibles de recevoir la qualification de partenariat au Royaume-Uni et figure sur cette liste le mariage entre personnes de même sexe[16].

Dans le même ordre d'idées, et réciproquement, on pourrait concevoir en Finlande de requalifier un pacs français conclu entre un homme et une femme soit en mariage soit en concubinage[17].

Mais de la sorte, dans un cas comme dans l'autre, l'on déformerait sensiblement le cadre légal dans lequel le couple a voulu placer son union. Les effets d'un mariage sont beaucoup plus contraignants et ceux d'un concubinage beaucoup plus flous. C'est pourquoi, un auteur finlandais a proposé de ne retenir la qualification mariage en Finlande que pour les partenariats étrangers produisant des effets identiques à ceux d'un mariage[18]. Mais alors la question de la reconnaissance des pacs français, dont les effets sont moindres, y demeure sans réponse.

En Belgique, les partenariats – institutions semblent classés dans la catégorie mariage, la catégorie partenariat n'incluant que les partenariats-conventions[19]. Le critère de qualification serait celui des effets voulus par les partenaires. Si les effets sont identiques à ceux d'un mariage on retiendrait la qualification mariage.

La confrontation des modèles législatifs (consécration du partenariat-institution ou du partenariat-convention) est donc susceptible d'induire dans les relations transfrontières des conflits de qualifications aussi complexes que ceux qui opposent dans les relations internationales les modèles religieux et les modèles laïcs sur le mariage et sur le divorce. Toutes ces législations sont encore récentes. Cela peut expliquer la rareté de la jurisprudence. Mais, l'on peut prédire une montée du contentieux si ces conflits ne sont pas rapidement désamorcés.

1.2.2. Le choix de la méthode (règle de conflits de lois ou reconnaissances des unions étrangères)

L'observation des difficultés de coordination des législations des Etats membres en matière de mariage et de partenariats a été à l'origine d'une importante réflexion doctrinale sur le choix de la méthode à suivre[20].

A partir du constat que l'objectif prédominant en la matière était celui de favoriser la reconnaissance de la validité de l'union créée à l'étranger, il a été émis l'idée de compléter

[15] VG Berlin 23 Kammer, 15/06/2010, 23 A 242.08.
[16] Civil Partnership Bill du 18 novembre 2004.
[17] Selon le Professeur Bogdan, en Suède, en Norvège et en Finlande, les partenariats contrats sont exclus de la catégorie partenariat et relégués au rang de simples contrats de concubinage, voir M. BOGDAN, Amendment of Swedish Private International Law regarding Registered Partnerships, IPRax 2001. 353, cité par G. Kessler, op.cit.n.10
[18] Cf. Markku Helin Ulkomaisen avioliiton ja rekisteröidyn parisuhteenTunnustamisesta Hakusanat, Lakimies 4/2002 s. 535–554.
[19] Cf. art. 58 de la nouvelle loi sur le droit international privé qui définit le partenariat dans un chapitre « relation commune » distinct des « relations matrimoniales ». La relation commune est définie comme « une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage ».
[20] voir notamment, P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, Rabels Z 2004, p. 225 et « la reconnaissance mode d'emploi », in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz 2008, p. 481 et s. ; G.P. Romano »La bilatéralité éclipsée par l'autorité, développements récents en matière d'état des personnes, RCDIP 2006, p. 457 et s. et les ref. ; A. Quimonez Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », RCDIP 2007, p. 357 et s..

la méthode classique de la règle de conflit de lois. Celle-ci présente en effet ici plusieurs inconvénients majeurs : son caractère abstrait d'abord, lié à ce que la loi compétente est désignée par des critères de rattachement qui s'imposeraient sans prendre en compte le contenu du droit ainsi désigné ; son caractère aléatoire ensuite parce que ces règles de rattachement varient d'un pays à l'autre et dépendent en conséquence des circonstances qui ont dicté le choix du juge saisi. La combinaison de ces deux caractères créé un risque de dysharmonie dans les situations internationales : des situations recevant des qualifications différentes d'un juge à l'autre, des situations réputées valables ou nulles d'un Etat à l'autre.

A côté de la méthode de la règle de conflit de lois, la méthode de la reconnaissance consiste à poser comme principe que certaines situations nées à l'étranger en conformité des règles de droit qui y sont applicables doivent être reconnues comme valablement créées dans les autres pays. On est amené à dissocier deux types de problèmes. Au stade de la création d'une situation donnée (mariage ou partenariat), chaque système juridique définit abstraitement une règle de choix de lois permettant de déterminer le droit applicable (règle de conflit de lois). Au stade de la reconnaissance d'une situation née à l'étranger, chaque système juridique accepte de prendre en considération le droit de l'Etat de la création du lien relativement à la régularité de cette situation (règle de reconnaissance).

L'avantage de cette méthode est d'assurer une meilleure coordination internationale des lois, indifférente au choix du juge saisi : tous les systèmes juridiques acceptent de s'aligner sur les solutions applicables dans l'Etat d'origine de l'union, même si cet Etat prend comme critère de rattachement un critère différent de ceux de leurs propres règles de droit international privé.

La méthode évite tout risque de mariage ou de partenariat dit boiteux, c'est-à-dire tout risque d'union qui serait valable dans un pays A en application d'une loi donnée A et nulle dans un pays B en application d'une autre loi désignée par le droit du pays B. Elle étend en définitive aux actes publics qui participent à la constitution des mariages et à l'enregistrement des partenariats le bénéfice du principe de reconnaissance mutuelle déjà appliqué aux jugements et consacré dans tous les instruments de l'Union européenne[21]. Elle peut contribuer à la reconnaissance aux individus d'un véritable droit à être placé dans une situation juridique unique, malgré la diversité des systèmes juridiques[22].

La méthode s'accorde parfaitement avec les principes fondateurs de l'espace de justice de liberté et de sécurité mis en place entre les Etats membres. Elle facilite la liberté de circulation des citoyens européens dans la mesure où ces derniers se trouvent assurés de conserver leur statut s'ils se déplacent d'un Etat membre à un autre[23]. Elle garantit le respect des droits fondamentaux, spécialement le droit de la personne à connaître et à affirmer son identité en obligeant les Etats à faire en sorte d'éviter les disparités de solutions affectant la cellule familiale[24]. Elle concilie harmonieusement le maintien de la diversité des droits nationaux dans le respect de principes communs. Chaque Etat membre décide dans son ordre interne comme il l'entend des modèles familiaux à promouvoir. Mais chaque Etat membre respecte les modèles choisis par les Etats frères.

Ainsi, le mariage entre un homme français et un homme belge célébré en Belgique est actuellement valable en droit belge[25]. Mais il devrait être considéré comme nul en droit

[21] Voir notamment les principaux, règlement Bruxelles 1 n. 44/2001 du 22 décembre 2000 et Bruxelles II bis n. 2201/2003 du 27 novembre 2003 : sur les conséquences de la logique de la reconnaissance des actes publics produisant une efficacité substantielle de ces actes voir infra n. 1.2.4.
[22] Sur cette idée voir A. Bucher, « la dimension sociale du droit international privé », RCDIP, T 341 (2009).
[23] Sur les implications de la liberté de circulation des citoyens européens voir n. 1.2.5.1.
[24] Sur les implications des droits fondamentaux, voir infra n.1.2.5.2.
[25] Conformément à l'article 46 de la loi belge précitée, il est fait application de la loi nationale de chaque époux pour les conditions de validité du mariage. Mais l'application du droit ainsi désigné est écartée s'il prohibe le mariage de personne de même sexe, alors que l'un d'elles a la nationalité d'un Etat ou sa résidence habituelle dans un Etat dont le droit permet un tel mariage.

français, par application à l'époux français de la loi française[26]. En revanche, avec la méthode de la reconnaissance, ce mariage valable en Belgique serait automatiquement reconnu comme valable en France.

1.2.3. Le rattachement du mariage

Dans beaucoup d'Etats membres, la loi applicable aux conditions de validité de fond du mariage est actuellement la loi nationale des futurs époux. En cas de nationalité différente, on procède à l'application distributive des lois nationales. Mais lorsqu'une condition de validité du mariage tient compte d'un lien entre les deux futurs époux (comme un lien de parenté) ou d'une qualité qui ne peut faire l'objet d'une appréciation distincte pour chaque époux (comme l'existence d'un mariage antérieur de l'un des époux ou comme une condition relative au sexe) l'application distributive des lois nationales à chaque futur époux devient impossible.

Dans ce type d'hypothèses, les solutions des droits nationaux varient et ces disparités peuvent engendrer des situations boiteuses. En droit français, il sera fait application de la loi la plus restrictive. Le mariage homosexuel sera nul dès lors qu'il implique une personne dont la loi nationale interdit un tel mariage[27]. Pour reprendre l'exemple déjà cité, le mariage en Belgique d'un Français et d'un Belge sera nul en droit français. Dans les Etats qui ont accueilli le mariage homosexuel, une solution différente a été retenue. La loi prohibitive est écartée au profit de la loi permissive[28]. Le mariage d'un Français et d'un Espagnol en Espagne sera valable en Espagne. Il est à observé de surcroît qu'en France même si les deux lois nationales autorisent le mariage homosexuel, il est fort probable qu'une telle union ne pourrait être célébrée en France par un officier français de l'état civil car elle serait jugée contraire à l'ordre public international français[29].

Dans d'autres Etats, la loi applicable aux conditions de formation du mariage est la loi du domicile, comme en Angleterre, ou la loi du lieu de célébration du mariage (la *lex loci celebrationis*), comme dans les pays nordiques et aux Pays-Bas[30].

La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, qui n'est actuellement en vigueur qu'au Luxembourg et aux Pays-Bas, a posé des règles distinguant selon que le mariage doit être célébré dans un Etat signataire ou qu'il a déjà été célébré dans un autre Etat signataire.

Dans la première hypothèse, l'article 3 prévoit que le mariage doit être célébré :
« *1 lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat où y réside habituellement ; ou*
2lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de célébration ».

Dans la seconde hypothèse, l'article 9 pose le principe selon lequel « *le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre* ». C'est l'application de la méthode de la reconnaissance.

[26] Sur cette solution, voir la réponse ministérielle précitée et infra 1-2-3
[27] Comp . avec la solution retenue sur la question du mariage polygamique, nullité du mariage conclu en Egypte entre une Française et un Libanais musulman déjà marié, cass. 1ère civ. 24 sept. 2002, RCDIP 2003, p. 271
[28] Cf. art. 46 al. 2 de la loi belge précitée ; en Espagne voir la circulaire de la DGRN du 29 juillet 2005 sur les mariages civils entre personnes de même sexe (BOE n. 188 du 8 août 2005).
[29] Par comparaison avec l'interdiction de célébrer en France le mariage d'un étranger déjà marié avec une seconde épouse même si leur loi nationale commune le permet, Instruction générale relative à l'état civil, art. 548.2.
[30] Voir les références de droit comparé citées par G. P. Romano, « la bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes, RCDIP 2006, p. 457.

L'article 11 définit de manière restrictive les causes de refus de reconnaissance[31]. L'article 14 prévoit une clause d'ordre public « *si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public* ».

1.2.4. Le rattachement du partenariat

Si la question du rattachement du pacs dans les situations internationales a pu soulever au lendemain de sa consécration législative en France d'intenses controverses doctrinales, les hésitations sont désormais levées. Le législateur français a tranché à l'article 515-7-1 du code civil : « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré …. sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* ». Il est à noter que le législateur français a spécifié que c'étaient les « *dispositions du droit interne* » de l'autorité de célébration qui étaient applicables et non les règles du droit de l'autorité de célébration, lesquelles auraient pu inclure ses règles de droit international privé. L'article 515-7-1 semble donc interdire la possibilité d'un renvoi opéré par le droit de l'autorité à la loi d'un autre Etat.

Le rattachement au droit de l'autorité d'enregistrement semble faire consensus au sein des Etats membres qui ont consacré la forme juridique du partenariat[32]. Des variantes se laissent néanmoins observées. Ainsi, le droit néerlandais admet-il le renvoi de la loi de célébration à une autre loi[33] : par ex le régime patrimonial des partenaires pourra relever de la loi choisie par les parties si ce choix est valable selon les règles de conflit de lois du droit de l'Etat de célébration. La solution est opportune.

Le choix du rattachement à la *lex loci registrationis* permet d'aboutir concrètement à un résultat très proche de celui qui résulterait d'un principe de reconnaissance. Le partenariat enregistré à l'étranger en conformité du droit étranger sera en effet reconnu dans les autres Etats.

La convention de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) sur la reconnaissance des partenariats enregistrés (convention n. 32 du 5 septembre 2007) a posé nettement ce principe de reconnaissance à l'article 2 : « *sous réserve de l'article 7, un partenariat enregistré dans un Etat est reconnu comme valide dans les Etats contractants* ». L'avantage de cette méthode est de permettre de préciser les conditions de la reconnaissance. L'article 7 définit les causes de refus de reconnaissance de manière limitative[34]. En dehors de ces cas la reconnaissance doit jouer. Il faut noter que le principe de reconnaissance est posé dans la convention CIEC sans exiger que l'union ne soit valablement constituée selon les règles du pays d'enregistrement du partenariat. La solution revient à poser une présomption de validité du partenariat dès lors qu'il est enregistré dans un autre Etat membre, laquelle ne saurait être contestée que dans ce pays. Elle consiste à suivre une logique de reconnaissance mutuelle des actes publics étrangers étendue à la reconnaissance de leur efficacité substantielle. Le résultat va au-delà de l'utilisation de la seule méthode de la reconnaissance des situations nées à l'étranger[35].

[31] Epoux déjà marié, lien de parenté entre les époux, défaut d'âge légal minimum, défaut de consentement.
[32] Voir G.Kessler précité ; Sur le droit allemand voir l'article 17 b EGBGB (réglementation sur les conflits de lois en matière civile qui dispose qu'un partenariat est soumis au droit du pays ou il a été enregistré.
[33] Voir la loi du 6 juillet 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré, article 2-3 « pour l'application des paragraphes 1 et 2 la loi comprend aussi les règles de conflits de lois de cette loi ».
[34] La liste prévoir l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre les partenaires, l'existence d'une précédente union non dissoute liant l'un des partenaires, une condition d'âge minimum, un défaut de consentement, un défaut de rattachement par la nationalité ou par la résidence habituelle d'au moins un des partenaires à l'Etat du lieu d'enregistrement et une contrariété manifeste à l'ordre public de l'Etat dans lequel le partenariat est invoqué
[35] Cf.supra n. 1.2.2.

1.2.5. Les implications de la citoyenneté européenne

1.2.5.1. L'impact de la liberté de circulation des personnes

Il n'existe pas encore de jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) portant spécifiquement sur la reconnaissance des partenariats et des mariages homosexuels dans les relations transfrontières. Mais on peut raisonner par analogie avec sa jurisprudence sur les interférences entre les règles de droit international privé sur le nom et la liberté de circulation des personnes.

Dans l'arrêt Garcia Avello[36], la Cour de justice a jugé qu'un mineur belgo-espagnol ne pouvait pas être privé par application du droit belge (désigné par la règle de conflit belge) du droit de se faire attribuer un nom composé de celui de sa mère et de celui de son père, conformément à la tradition espagnole. La décision est motivée par la considération que traiter le bi-national belgo-espagnol, comme le simple national belge, était constitutif d'une discrimination prohibée puisque ces deux personnes ne se trouvent pas dans une même situation.

Dans l'arrêt Grunkin et Paul[37], la Cour a jugé que la liberté de circulation des personnes physiques s'opposait à ce que les autorités d'un EM appliquent leur droit national pour refuser de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre EM où cet enfant était né et résidait depuis lors. La décision a été ici motivée sur le seul fondement de l'existence d'une disparité des actes d'état civil établis d'une part dans le pays de naissance et de résidence (le Danemark) et d'autre part dans le pays dont l'enfant avait la nationalité (l'Allemagne). En définitive, le citoyen européen a droit à l'unité du nom de famille, malgré la diversité des législations des Etats membres.

Par analogie, il y a lieu de craindre que le droit de l'UE n'interdise que par application d'une règle de conflit de lois nationale un citoyen européen puisse se voir imposer un état civil différent dans deux EM distincts, sur une autre question que le nom, spécialement sur celle de son état de personne célibataire, mariée ou partenaire. Une telle situation ne manquerait pas en effet de retentir sur l'exercice de sa liberté de circulation.

La Cour de justice pourrait ainsi adopter une démarche différente de celle qui lui avait fait refuser de reconnaître l'équivalence entre les notions de conjoint et de partenaires en vue du bénéfice d'une allocation[38]. Elle pourrait se démarquer également des nuances sur la définition de la notion de conjoint et de ses équivalents formulées par une directive européenne de 2004[39].

1.2.5.2. L'impact des droits fondamentaux

On pourrait estimer que sont en cause le droit de se marier (article 12), le droit au respect de la vie familiale (article 8) et l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle dans l'exercice de ces droits (article 14).

Certes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est encore extrêmement prudente sur toutes les questions ayant une forte résonnance sociétale, de sorte qu'elle laisse aux Etats signataires une large marge d'appréciation.

---

[36] CJCE 2 oct. 2003 aff. C 148/02
[37] CJCE 14 oct 2008, C-353/06
[38] CJCE 31 mai 2001 C-122/99 et C 125/99
[39] Directive 2004/38[39] du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres JOUE 2004, L 158 p. 77, art.2 ch 2 lettre a et b ; le membre de la famille y est défini comme le conjoint ou le partenaire, et pour celui-ci à la condition que le partenariat soit équivalent au mariage et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil.

Elle a opéré une timide avancée sur la question du mariage homosexuel mais dans l'hypothèse très particulière du transsexualisme, sur le motif que le sexe ne se réduit pas à sa dimension biologique[40]. Certains pourraient même y voir la reconnaissance implicite que le mariage suppose une différence de sexe.

On peut néanmoins penser qu'elle est en train d opérer une distinction entre le refus par un Etat signataire de reconnaître un droit de nature familiale déjà constitué dans un autre Etat, qu'elle sanctionnerait, et le refus d'un Etat signataire de constituer un tel droit dans son propre ordre interne, qu'elle respecte.

Ainsi, quand le requérant se voit privé dans un Etat signataire d'un droit de nature familiale qui lui est attribué dans un autre Etat et que ce refus lui est opposé en raison de son orientation sexuelle, il pourrait y avoir un risque de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Dans le cas du refus de reconnaître un mariage, il y aurait le risque d'une violation combinée des articles 14 et 12 de la convention.

Cette analyse peut s'appuyer sur un arrêt qui est intervenu dans un autre domaine que celui du mariage. La cour européenne y a mis en œuvre sa conception très large de l'article 8 tendant à garantir la reconnaissance des situations familiales effectives acquises à l'étranger. Dans une affaire relative à un refus de reconnaissance par les juges luxembourgeois de l'adoption d'une fillette prononcée au Pérou, par application des règles de droit international privé Luxembourgeoises, la Cour de Strasbourg a été amenée à faire une application extensive de l'article 8. Elle a estimé que la simple relation familiale existant *de facto* à l'étranger devait être reconnue. Il est vrai que la solution de l'arrêt est très circonstanciée et souligne notamment la bonne foi de la requérante qui avait été surprise dans son espérance légitime de voir perdurer une pratique antérieure d'enregistrement des adoptions étrangères au Luxembourg[41].

A l'appui de cette analyse, il est permis aussi de citer un arrêt par lequel elle a condamné la Turquie pour ne pas avoir autorisé l'exercice d'une action en reconnaissance d'un divorce prononcé dans un autre Etat par la fille de l'un des ex-époux prédécédés[42]. L'idée pourrait bien être qu'en matière d'état des personnes les décisions rendues dans un Etat devraient faire l'objet d'une reconnaissance *de plano* dans les autres Etats.

Il convient toutefois de relever que ces arrêts concernent la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères et non d'actes publics étrangers. Mais il n'est pas exclu de croire à une portée plus large de cette jurisprudence autorisant à soutenir que les Etats signataires auraient une obligation positive d'accorder une protection juridique au « lien familial de fait » créé dans un autre Etat signataire. Il s'agirait d'une obligation de reconnaissance juridique de ce lien pour lui permettre de se déployer pleinement, à condition toutefois de la bonne foi des requérants.

En tout cas, comme elle l'a encore récemment rappelé, le refus d'un Etat signataire d'ouvrir dans son droit interne le mariage à deux personnes de même sexe, vivant depuis des années ensemble, n'est pas contraire aux articles 14 et 8 de la convention[43]. Selon cette jurisprudence, l'article 12 n'est pas interprété comme imposant à un Etat contractant de consacrer le mariage homosexuel dans son droit interne. La Cour estime en effet qu'il n'y a pas encore de consensus suffisant des Etats sur cette question.

La solution peut se trouver confortée aujourd'hui dans l'Union européenne par l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ayant désormais force

[40] Cf. aff. Goodwin c RU, arrêt du 11 juill 2002, req n. 17488/90.
[41] Aff. Wagner c. Luxembourg, arrêt du 28 juillet 2007, req. n. 76240/01
[42] CEDH du 13 octobre 2009, req. n. 39523/03
[43] Aff Schalk et Kopf c. Autriche 24 juin 2010 req. n. 30141/04

obligatoire en vertu de l'article 6-1 § 1 du traité sur l'Union européenne modifié par le traité de Lisbonne) puisque le droit de se marier et de fonder une famille y est protégé « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». En réservant le jeu des lois nationales, l'article 9 laisse aux Etats membres une marge d'appréciation, même si cet article ne définit plus le mariage comme l'union entre un homme et une femme.

2. LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS MARITALES ET PARTENARIALES DANS LES RELATIONS TRANSFRONTIERES

2.1. Position du problème

La question est de savoir si l'on doit appliquer la loi de la création de l'union à tous les effets juridiques produits par l'union. La liste des effets est longue : effets personnels entre les membre du couple, mode de dissolution, effets sur leur nom, effets sur leur patrimoine, effets successoraux, effets fiscaux, effets sociaux, effets en matière d'adoption.

Si l'on raisonne sur le traitement du mariage en droit international privé français, l'on constate qu'un véritable dépeçage est opéré au sein des effets du mariage. Le domaine de la loi dite des effets du mariage[44] n'a cessé de se rétrécir. Elle ne régit plus que certains effets personnels entre les époux (ceux qui sont le moins impératifs), l'effet du mariage sur le nom[45] le sort des donations entre époux et l'adoption conjointe par les époux. Pratiquement tous les autres effets du mariage font l'objet d'un rattachement spécifique.

Ce rattachement spécifique est dans certains cas imposé par une convention internationale : convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires[46] ou sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux[47]. Il découle dans d'autres cas d'une règle de conflit spéciale élaborée tantôt par le législateur, comme en matière de divorce[48], tantôt par la jurisprudence, comme en matière de succession[49]. Quant aux lois fiscales et sociales, elles sont considérées comme d'application territoriale, sans compter le jeu des lois de police, également d'application territoriale comme celles qui régissent le statut primaire impératif applicable à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial.

Un tel dépeçage peut surprendre le non spécialiste. Pourtant, en pratique, il ne suscite pas trop d'incohérences, en raison de l'homogénéité de l'institution du mariage dans les différents systèmes juridiques, spécialement dans les droits européens, du moins avant l'introduction du mariage homosexuel. Un tel dépeçage appliqué aux partenariats est en revanche problématique car la nature du partenariat est en grande partie conditionnée par les effets qu'il produit. Appliquer à la reconnaissance d'un partenariat la loi de son enregistrement et à ses effets une autre loi pourrait conduire à reconnaître à ce partenariat des effets plus étendus, ou au contraire plus réduits au point d'altérer très sensiblement la nature du statut. De plus, la grande diversité des législations sur les effets des partenariats est facteur d'imprévisibilité.

[44] loi nationale commune des époux, à défaut loi du domicile commun, à défaut loi du for.
[45] Quoique la question puisse être discutée
[46] Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires destinée à être remplacée par la convention du 23 novembre 2007.
[47] Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
[48] Article 309 du code civil
[49] Application de la loi du dernier domicile du défunt en matière mobilière et de la loi de situation de l'immeuble pour la dévolution des immeubles.

2.2. La diversité des effets des partenariats selon les législations

Sans entrer dans le détail des disparités législatives, il sera rappelé la classification essentielle entre les partenariats-institutions qui produisent tous les effets d'un mariage et les partenariats-conventions qui n'engendrent que des effets allégés.

En droit français, le pacs (partenariat-convention) produit un certain nombre d'effets légaux[50] : engagement à une vie commune, à une aide matérielle et une assistance réciproque, solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante, droit d'habitation temporaire au décès du partenaire sur l'habitation principale. Il n'y a pas de régime patrimonial semblable à un régime matrimonial. Mais les partenaires peuvent conclure une convention d'indivision qui s'apparenterait à un régime de séparation des biens avec participation aux acquêts. Les partenaires n'ont pas de vocation successorale mais ils bénéficient d'un système d'imposition très similaire à celui des personnes de mariés, y compris en ce qui concerne les droits de mutation applicables aux libéralités. Ils ne disposent pas actuellement de droit à une pension de réversion au décès de l'autre partenaire. Ils n'ont pas le droit d'adopter conjointement[51], ni d'adopter l'enfant du partenaire[52]. Enfin le pacs peut être dissous par l'enregistrement au greffe du tribunal d'instance d'une déclaration conjointe des partenaires ou unilatérale de l'un d'eux[53].

En droit belge, les effets de la cohabitation légale sont plus étendus[54]. Les effets personnels entre les partenaires sont alignés sur ceux du mariage et les partenaires ont une vocation successorale *ab intestat* néanmoins réduite par rapport à celle du conjoint survivant. Les cohabitants ont en outre la liberté de conclure une convention de cohabitation pour organiser les modalités de leur cohabitation « comme ils le jugent d'à propos »[55] à condition de respecter certaines dispositions impératives[56]. Le partenariat peut cesser par déclaration conjointe ou unilatérale à l'officier de l'état civil, mais le juge de paix peut ordonner des mesures urgentes et provisoires pour régler la séparation.

Les partenariats-institutions produisent quant à eux des effets très similaires à ceux d'un mariage, y compris les droits sociaux et le régime patrimonial. Ainsi le droit allemand renvoie-t-il pour le régime patrimonial des partenaires à la réglementation du mariage. Il contient néanmoins quelques discriminations au plan fiscal et en matière d'adoption qui pourraient être en voie de suppression[57].

En définitive, on peut résumer les différences essentielles de régime entre ces deux formes de partenariats (le partenariat –institution et le partenariat-convention) en relevant qu'elles se manifestent essentiellement sur les plans suivants :

- Le mode de dissolution
- La vocation successorale *ab intestat* du partenaire survivant
- L'existence d'un régime patrimonial

[50] Voir les articles 515-4 et s.
[51] Voir les articles 343 et 343-1 du code civil qui autorisent l'adoption par les couples mariés ou par les personnes célibataires.
[52] Selon l'interprétation jurisprudentielle de l'article 365 du code civil, voir en dernier lieu cass.1ère civ. 8 juillet 2010 et la décision du conseil constitutionnel n. 2010-39 QPC du 6 oct. 2010.
[53] Article 515-7
[54] Articles 1475 à 1479 du code civil
[55] Article 1478
[56] Fixées à l'article 1477
[57] Réponse au questionnaire de Peter Junggeburth

2.3. La diversité des approches sur la loi applicable aux effets des partenariats

2.3.1. Les règles nationales de droit international privé

On raisonnera à partir de quelques exemples de règles de conflit de lois législatives adoptées en matière de partenariats.

Les règles belge et française ont en commun d'appliquer la loi de l'autorité d'enregistrement aux conditions de formation et de dissolution ainsi qu'à tous les effets des partenariats.

L'article 54 de la loi belge de droit internationale privé dispose que le droit de l'autorité d'enregistrement régit : « *les conditions d'établissement de la relation, les effets de la relations sur les biens des parties, ainsi que les causes et les conditions de la cessation de la relation* ».

L'article 515-7-1 du code civil français soumet aux dispositions matérielles de l'autorité d'enregistrement : « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution ».*

Malgré la formulation très large de ces deux règles de conflit, il faut reconnaître qu'elles ne peuvent pas appréhender tous les effets des partenariats. Comme cela a été précisé lors des travaux préparatoires de la loi française, le texte général laisse place aux règles de conflits spéciales relatives à certaines matières, comme les successions, l'obligation alimentaire ou l'adoption[58]. A fortiori s'agissant des effets fiscaux ou sociaux du partenariat. On peut penser qu'il pourrait en aller de même en droit belge.

Si cette interprétation devait être admise, les effets exclus du champ d'application de la loi de l'autorité soulèvent alors l'interrogation : si l'on applique les règles de conflit spéciales du for, faut-il procéder à l'adaptation de la loi ainsi désignée en vue d'assurer au maximum la continuité des situations juridiques.

Ainsi, supposons que la loi successorale soit la loi française (sur un immeuble situé en France) et que les partenaires aient conclu et enregistré leur union en Allemagne. Faut-il étendre au partenaire survivant les droits successoraux prévus au bénéfice du conjoint survivant selon le droit interne français, au motif que le partenariat allemand confère en Allemagne des effets similaires à ceux d'un mariage ? A l'inverse, est-il normal de conférer au Royaume-Uni à des français pacsés des droits qu'ils n'auraient jamais pu espérer en application de la loi française, à l'occasion de la liquidation d'une succession soumise à la loi anglaise ? La question est d'autant plus délicate que l'on peut concevoir que le partenaire survivant ait une vocation successorale *ab intestat* différente de celle d'un conjoint survivant[59]. L'application conjuguée des deux lois (loi successorale et loi du partenariat) est dès lors impossible. Il faut nécessairement en privilégier l'une sur l'autre.

Par ailleurs, faut-il étendre la loi de l'autorité d'enregistrement aux effets du partenariat sur le patrimoine des partenaires ? La solution permettrait de fixer définitivement le régime des biens et d'assurer une certaine prévisibilité. Mais pas toujours.

Supposons en effet deux partenaires (une Belge et un Néerlandais) ayant enregistré leur union aux Pays-Bas et choisi, conformément à la possibilité que leur donne le droit néerlandais de choisir la loi d'un autre pays pour régir leurs biens, par exemple la loi belge.

[58] Voir les propos de Mme Boumediene-Thiery devant le Sénat cité par P. Hammje, «Réflexions sur l'article 515-7-1 du code civil », RCDIP 2009, p. 483

[59] C'est le cas du cohabitant légal du droit belge.

Ils possèdent un bien en France. Quelle est la loi applicable pour un juge français ? Au regard de l'article 515-7-1, il s'agit des dispositions internes de la loi néerlandaise. L'article, comme il a déjà été souligné, ne permet pas le renvoi. C'est donc la loi néerlandaise et non la loi belge. Les prévisions des parties ne sont pas respectées.

A cet égard, les solutions du droit international privé néerlandais sont préférables puisque le renvoi y est admis. La règle belge, en ne le prévoyant pas explicitement, l'exclut, puisque le renvoi n'est admis en droit belge que si une disposition particulière le prévoit[60].

Enfin, il est toujours possible d'envisager qu'une exception d'ordre public international vienne évincer un effet découlant d'une loi étrangère. Comme certains auteurs l'ont justement observé, il faudrait éviter de s'en servir pour remettre en cause les droits conférés par les lois ayant une conception extensive du partenariat[61]. Il faudrait éviter que la vocation successorale d'un époux ou d'un partenaire homosexuel ne soit écartée au nom de l'ordre public international de l'Etat membre requis de faire produire cet effet.

2.3.2. Les règles des instruments internationaux

Quelques observations très rapides sur les instruments existants.

La Convention CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés n'envisage que certains effets des partenariats : les effets en matière d'état civil. Elle pose le principe de la reconnaissance des effets en matière d'état civil prévus par la loi de l'Etat du lieu d'enregistrement (article 7).

La convention de la Haye sur la célébration et la reconnaissance des mariages ne porte que sur la reconnaissance de la validité des mariages sans envisager la question des effets des mariages.

Le groupe européen de droit international privé (GEDIP) s'est réuni plusieurs fois pour élaborer un projet sur la reconnaissance des partenariats enregistrés mais ne semble pas avoir réussi à dégager une position commune sur la question de la loi applicable aux effets des partenariats (session de Tenerife septembre 2004[62]).

La proposition de règlement UE sur la loi applicable en matière de successions ne règle pas la question de la vocation successorale des partenaires. A l'article 1-3 les relations de famille et les relations ayant des effets comparables sont exclues du champ du règlement. A l'article 19-2 le domaine de la loi successorale inclut que la définition des successibles sans autre précision[63].

2.3.3. Les propositions doctrinales

La réflexion de la doctrine européenne en la matière est très abondante et il est impossible d'en rendre compte en quelques lignes dans toute sa richesse.

Pour simplifier, l'on reprendra la classification proposée par Ana Quimones Escamez qui résume bien les grandes tendances[64].

[60] Art. 16 de la loi belge.
[61] Cf. P. Hammje précitée.
[62] A consulter sur le site du GEDIP
[63] Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen du 14 octobre 2009.
[64] « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple » article précité et les ref.cit. Voir aussi la réflexion plus large du professeur A. Bucher, cours précité.

2.3.3.1. La distinction entre les effets directs et les effets indirects

Une première manière de raisonner consisterait à faire la distinction entre les effets qui sont directement liés à la création du lien (marital ou partenarial) et qui en conséquence seraient nécessairement soumis à la loi d'origine du statut, la *lex loci celebrationis* pour le mariage, la *lex loci registrationi*s pour le partenariat. La validité de l'union (et son effet exclusif de la constitution d'un autre lien) en relève incontestablement. Par opposition aux effets plus indirects qui pourraient obéir à un rattachement spécifique.

La difficulté de cette méthode est de savoir où placer la barre. Quid des modes de dissolution de l'union ? Sont-ce des effets indirects parce qu'ils ne se réalisent pas immédiatement ? Ou faut-il y voir des effets directs parce que trop liés à la nature de l'institution.

On pourrait formuler la même interrogation en ce qui concerne la vocation successorale tant l'on peut penser que ces deux questions, le mode de dissolution et la vocation successorale des partenaires - sont des éléments qui peuvent avoir dicté le choix du statut par le couple.

Enfin, l'on peut estimer que le choix du régime des biens des partenaires s'est réalisé au moment de l'adoption du statut et y voir en conséquence un effet direct[65]. La solution aurait l'avantage d'assurer la prévisibilité des solutions.

2.3.3.2. La reconnaissance du statut tel quel

L'idée serait d'étendre la méthode de la reconnaissance aux effets de la situation reconnue. Le rattachement à la loi de l'Etat de l'enregistrement vaudrait aussi bien pour apprécier sa validité que pour définir tous les effets du lien reconnu. Le lien serait reconnu tel quel, c'est-à-dire avec tous les effets qui en façonnent sa physionomie particulière, et en définitive sa nature juridique.

La solution serait particulièrement respectueuse de la volonté des parties et de la continuité des situations juridiques en dépit du franchissement des frontières. Le choix du statut en conditionnerait définitivement le régime. La méthode garantirait aussi une parfaite harmonie internationale des solutions puisque le même régime juridique serait appliqué à chaque situation dans tous les Etats.

La méthode néanmoins n'a qu'une simplicité apparente.

Elle obligerait à abandonner toute une série de rattachement autonomes dont les critères ont été spécifiquement choisis au regard des intérêts à satisfaire: loi du contrat de mariage, loi de l'adoption, loi de la succession, loi du divorce par exemple.

Elle remettrait en cause les règles spéciales prévues par des conventions internationales ou de futurs règlements de l'UE (règlement succession, règlement divorce, règlement régimes matrimoniaux).

Elle privilégierait une logique de statuts, conçus bloc par bloc (le mariage, le partenariat) au lieu de suivre la méthode traditionnelle du découpage par type de questions à résoudre.

En outre, dans la mesure où le pays d'enregistrement est choisi par les parties, la méthode reviendrait à conférer une portée très grande à la volonté de celles-ci.

[65] En ce sens P. Lagarde, la reconnaissance mode d'emploi précité.

2.3.3.3. L'assimilation du statut au statut local

L'idée serait d'assimiler le modèle étranger –mariage ou partenariat- à l'un des modèles prévus par le droit du pays de reconnaissance et de faire produire les effets attachés à ce modèle par le droit local.

Ainsi, le mariage homosexuel célébré en Espagne est assimilé au Royaume-Uni à un *civil partnership* et produit les effets de cette forme d'union civile tels que prévus par la loi anglaise. Ainsi encore le pacs français est également assimilé à un *civil partnership* et y produit les mêmes effets, notamment sous l'angle des droits successoraux.

D'emblée l'on voit que l'institution est sensiblement altérée par rapport au statut d'origine. Dans le premier cas du point de vue symbolique. Dans le second cas, très concrètement du point des prérogatives reconnues aux partenaires.

En réalité, la méthode n'est vraiment performante que si le droit du pays de reconnaissance dispose des institutions équivalentes à toutes les formes civiles d'union.

Ainsi, dans un système qui combine les deux modèles, le mariage et le partenariat-convention, il est facile de trouver un équivalent à toutes les institutions étrangères en les classant dans l'une ou l'autre de ces catégories. On peut ainsi classer le partenariat-institution nordique dans la catégorie française mariage.

Dans un système qui ne connaît que l'une des formes, la substitution du modèle local a nécessairement un effet plus déformant : l'intégration d'un pacs dans le modèle britannique du partenariat-institution, par exemple.

La méthode est impraticable quand le pays de reconnaissance ne connaît aucun équivalent à l'institution d'origine. Par exemple, la reconnaissance d'un pacs de deux personnes de même sexe dans un pays qui ne connaît aucune forme d'union civile alternative au mariage. Le pacs ne sera jamais requalifié en mariage.

3. CONCLUSIONS

3.1. Considérations générales

Le constat des difficultés étudiées est assez lourd. Des unions boiteuses, des distorsions d'un Etat membre à l'autre quant au traitement des effets du lien marital ou partenarial. Ce sont indéniablement des facteurs d'imprévisibilité pour les couples et pour les praticiens appelés à les conseiller.

Si elles ne sont pas encore révélées dans toute leur complexité, la multiplication des partenariats et des mariages entre personne de même sexe liée à la mobilité croissante des citoyens européens nécessite une intervention des autorités européennes. Il faudrait néanmoins veiller à ne pas susciter d'autres conflits, notamment avec les instruments internationaux existants ou ceux qui sont en cours d'élaboration ou en voie de signature. L'intervention européenne devrait se faire *a minima* pour ne pas entraver l'élaboration et la signature des conventions internationales avec des Etats tiers.

Néanmoins, l'on a pu observer que l'une des difficultés majeures provient de la porosité des catégories mariage et partenariat depuis que le mariage a été ouvert dans certains Etats membres aux couples homosexuels. Cette difficulté ne peut être résolue par la seule signature de la convention de La Haye sur les mariages et de la convention CIEC sur les partenariats. La première ne définit pas le mariage. La seconde retient une définition assez

large des partenariats, mais par opposition à la notion de mariage qui n'y est pas définie. Elles réservent toutes les deux le jeu de l'exception d'ordre public international sans interdire son utilisation à l'encontre de la reconnaissance d'une union à raison de l'orientation sexuelle du couple.

Une intervention de l'UE pourrait être l'occasion de poser dans un même instrument une définition européenne des notions de mariage et de partenariat, tenant compte de l'évolution des sociétés européennes. Ces définitions abandonneraient toute référence à l'orientation sexuelle des époux comme à celle des partenaires. C'est une première option.

Dans une autre perspective, l'on peut vouloir à l'inverse supprimer toute recherche de qualification préalable. C'est une deuxième option.

Chacune des deux options proposées seraient complétées par une règle spécifique au régime patrimonial des membres du couple.

3.2. 1ère option

Une définition européenne de ces notions pourrait être :

- Le mariage est l'engagement de vie commune prononcé par deux personnes (de même sexe ou de sexe opposé) devant une autorité publique en vue d'adhérer à un régime légal
- Le partenariat est la convention entre deux personnes (de même sexe ou de sexe opposé) élaborée en vue d'organiser leur vie commune et enregistrée devant une autorité publique.

L'instrument se limiterait à poser le principe de la reconnaissance des unions célébrées ou enregistrées dans un autre Etat membre. Il pourrait fixer les conditions de cette reconnaissance en prévoyant l'exigence d'un lien de nationalité ou de résidence habituelle entre l'autorité et au moins l'un des membres du couple, pour éviter les risques de fraudes (*auctorem shopping*).

Le principe de la reconnaissance des unions créées dans un autre Etat membre pourrait être posé avec ou sans condition de conformité aux règles du pays de création[66].

Sur le droit applicable au stade de la création du lien (sur le territoire des Etats membres) et sur le droit applicable aux effets de l'union (quel que soit le lieu de création) il serait renvoyé au droit international privé de chaque Etat membre.

Il serait ajouté une recommandation et une règle subsidiaire.

Recommandation : respecter, dans la mesure du possible, la nature de l'union telle qu'elle est définie à l'origine (au besoin en adaptant le contenu des règles appliquées à la nature de cette union).

Règle subsidiaire : si l'institution présentée à la reconnaissance est inconnue du droit de l'Etat où la reconnaissance est réclamée, il est fait application aux effets de l'union du droit du pays de sa création.

L'avantage serait de résoudre les conflits de qualifications et d'imposer la reconnaissance de l'union dans tous les Etats membres, même ceux qui ne connaissent pas d'institutions

[66] Sur l'enjeu de cette condition voir supra n. 1.2.4.

similaires. Mais il est probable que les définitions proposées auront du mal à recueillir un consensus[67].

3.3. 2ème option

Abandonner toute idée de délimitation entre les deux catégories mariage et partenariat et admettre que leurs contours sont appréciés différemment par les Etats membres.

La logique serait alors de pousser plus loin la méthode de la reconnaissance.

Il serait posé d'abord un principe de reconnaissances des unions créées dans un autre Etat membre, avec des conditions de reconnaissance (lien de proximité entre les couples et l'autorité).

Mais ce principe serait assorti d'une règle de qualification. La reconnaissance s'effectuerait dans le respect de la qualification de l'union opérée par le droit de l'Etat de sa création (qualification *lege causae*).

Enfin il serait interdit aux Etats membres d'user de l'exception d'ordre public pour réintroduire une condition relative à l'orientation sexuelle.

Ainsi, le mariage homosexuel célébré en Espagne serait reconnu en qualité de mariage en Allemagne. Le pacs en qualité de partenariat-convention en Finlande et en Estonie. Le partenariat nordique en qualité de partenariat-institution en France. Au stade de la reconnaissance, aucune requalification ne serait admise

Comme dans la première option le principe de la reconnaissance des unions créées dans un autre Etat membre pourrait être posé avec ou sans condition de conformité aux règles du pays de création[68].

Sur le droit applicable au stade de la création du lien (sur le territoire des Etats membres) et sur le droit applicable aux effets de l'union (quel que soit le lieu de création), il serait renvoyé au droit international privé de chaque Etat membre.

Comme dans la première option, il serait ajouté une recommandation et une règle subsidiaire.

Recommandation : respecter, dans la mesure du possible, la nature de l'union telle qu'elle est définie à l'origine (au besoin en adaptant le contenu des règles appliquées à la nature de cette union).

Règle subsidiaire : si l'institution présentée à la reconnaissance est inconnue du droit de l'Etat où la reconnaissance est réclamée, il est fait application aux effets de l'union du droit du pays de sa création.

3.4. Règle commune aux deux options

Enfin, quelle que soit l'option choisie, il conviendrait de reconnaître aux partenaires la faculté de choisir la loi applicable aux effets de l'union sur leur patrimoine et d'adopter comme règles subsidiaires, à défaut de choix de lois, des règles compatibles avec celles de la convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

---

[67] Cette définition ne s'accorde pas avec les solutions de droits ayant consacré le « partenariat-institution » puisque le partenariat y est conçu aussi bien quant à son mode de constitution que quant à ses effets sur le modèle du mariage, cf. supra 1.2.1.

[68] Sur l'enjeu de cette condition voir supra n. 1.2.4.

PARLEMENT EUROPÉEN

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE C
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

Domaines

- Affaires constitutionnelles
- Liberté, sécurité et justice
- Égalité des genres
- Affaires juridiques et parlementaires
- Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen: **http://www.europarl.europa.eu/studies**

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.